



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für August 2019 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Der erste Teil beschäftigt sich mit der Frage, zu welchem Zeitpunkt die Kündigung bei Massenentlassungen ausgesprochen werden darf.

Der zweite Teil handelt von der Verdachtskündigung als personenbedingte Kündigung.

Die Tipps im August befassen sich mit der Frage, ob Honorarärzte in Kliniken als selbständige Mitarbeiter tätig werden können oder vielmehr als abhängig Beschäftigte zu werten sind.

---

## Inhalt

---

### 1. **Zeitpunkt der Kündigung bei Massenentlassung**

(BAG vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18)

### 2. **Eine Verdachtskündigung als personenbedingte Kündigung**

(BAG vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18)

### 3. **Tipps: Honorarärzte im Krankenhaus sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig**

## Zeitpunkt der Kündigung bei Massenentlassung (BAG vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18)

Beabsichtigt ein Unternehmen, eine bestimmte Anzahl von Mitarbeitern innerhalb von 30 Kalendertagen zu entlassen, die die Grenzwerte des § 17 Abs. 1 KSchG überschreiten (**Massenentlassung**), muss die zuständige Agentur für Arbeit hierüber informiert werden.

In diesem Zusammenhang bereitet die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Kündigung ausgesprochen werden darf, immer wieder große Probleme.

Hierzu hat sich das Bundesarbeitsgericht in einer aktuellen Entscheidung positioniert (BAG vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18).



### Beispiel

Das Unternehmen A muss nach längerer wirtschaftlicher Talfahrt Insolvenz anmelden, wobei das Insolvenzverfahren am 1. Juni 2017 eröffnet wird. Die vom Insolvenzverwalter verfasste Massenentlassungsanzeige geht der zuständigen Agentur für Arbeit am 26. Juni 2017 zu. Mit Schreiben vom ebenfalls 26. Juni 2017 kündigte der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters B ebenso wie die Arbeitsverhältnisse der anderen 44 zu diesem Zeitpunkt noch beschäftigten Arbeitnehmer ordentlich zum 30.09.2017. Das Kündigungsschreiben ging dem Mitarbeiter B am 27.06.2017 zu.

B wendet sich im Rahmen einer Kündigungsschutzklage gegen die ausgesprochene Kündigung und argumentiert unter anderem, dass der Arbeitgeber seiner Anzeigepflicht **vor** einer Entscheidung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses hätte nachkommen müssen; aus diesem Grund hätte die Unterschrift unter das Kündigungsschreiben erst erfolgen dürfen, nachdem die Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur eingegangen ist.

Der Insolvenzverwalter vertritt hingegen die Auffassung, dass es ausreicht, wenn die Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur eingeht, bevor die Kündigung dem Mitarbeiter **zugegangen** ist.

### Wie werden die Gerichte entscheiden?

### Massenentlassungsanzeige

Ein Arbeitgeber ist gemäß § 17 Abs. 1 KSchG verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Den Entlassungen stehen dabei andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden.

### Zeitpunkt der Massenentlassungsanzeige

Der Wortlaut des Gesetzestextes besagt, dass die Anzeige bei der Arbeitsagentur zu erstatten ist, **bevor** die Mitarbeiter entlassen werden. Mit „Entlassung“ wurde in der Vergangenheit mitunter nicht der Ausspruch bzw. der Zugang der Kündigung, sondern die **Beendigung der Tätigkeit** im Unternehmen bzw. der **Eintritt der Arbeitslosigkeit** gemeint.

Dieser Auffassung trat allerdings der EuGH im Jahr 2005 entgegen und entschied, dass mit Entlassung nicht etwa die Beendigung der Tätigkeit zu verstehen ist, sondern der **Ausspruch der Kündigung** durch den Arbeitgeber (EuGH vom 27.01.2005 – C-188/03).

Damit ist allerdings noch nicht die Frage geklärt, ob mit Ausspruch der Kündigung die **Unterzeichnung des Kündigungsschreibens** oder der **Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer** gemeint ist.

Insoweit kann die Auffassung vertreten werden, dass die Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur eingegangen sein muss,

- bevor der Arbeitgeber die Kündigungen **unterzeichnet** oder

- bevor die Kündigungen den Arbeitnehmern **zugehen**.

### **BAG vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18**

Das Landesarbeitsgericht hatte zunächst entschieden, dass die Kündigung unwirksam war; die Anzeige müsse demnach die Agentur für Arbeit erreichen, **bevor der Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung treffe**, was sich in der Unterzeichnung des Kündigungsschreibens manifestiere.

Das Bundesarbeitsgericht hat den Fall **anders beurteilt** und entschieden, dass die **Kündigung unterschrieben werden darf**, bevor die Massentlassungsanzeige eingeht.

Begründet hat das Bundesarbeitsgericht diese Auffassung, dass das Anzeigeverfahren **beschäftigungspolitischen Zwecken** diene. Die Agentur für Arbeit solle rechtzeitig über eine bevorstehende Massentlassung unterrichtet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorzubereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können.

Dies setze allerdings voraus, dass bereits feststehe, wie viele und welche Arbeitnehmer konkret entlassen werden sollen.

Auf den Willensentschluss des Arbeitgebers zur Kündigung kann, soll und will die Agentur für Arbeit – anders als der Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens – keinen Einfluss nehmen.



### **Hinweis**

*Die Kündigung dürfe allerdings erst dann erfolgen, d.h. dem Arbeitnehmer **zugehen** (§ 130 Abs. 1 BGB), wenn die Massentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit **eingegangen** ist.*

*Dies sei – so die Erfurter Richter – durch die Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 3 und Artikel 4 der Richtlinie 98/59/EG (Massentlassungsrichtlinie) geklärt, sodass das BAG von einer Vorlage an den EuGH abgesehen habe.*

---

## Eine Verdachtskündigung als personenbedingte Kündigung (BAG vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18)

---

In Betrieben kommen immer wieder Situationen vor, in denen ein Mitarbeiter in Verdacht gerät, eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen zu haben, die der Arbeitgeber jedoch nicht endgültig beweisen kann.

In diesen Fällen stellt sich immer die Frage, ob der Arbeitgeber überhaupt kündigungsbe-rechtigt ist und ob diese sog. „**Verdachtskündigung**“ als verhaltensbedingte oder als personenbedingte Kündigung einzustufen ist.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in einer Entscheidung mit der Frage befassen, ob ein möglicher Tankkartenmissbrauch eines Arbeitnehmers den Arbeitgeber berechtigen kann, das Arbeitsverhältnis zu beenden und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen (BAG vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18).



### Beispiel

*Der schwerbehinderte Mitarbeiter A war seit 1996 bei einem Produktionsbetrieb beschäftigt. Bei einer Untersuchung des Dienstlaptops des Mitarbeiters entdeckte der Arbeitgeber in einer nicht als „privat“ gekennzeichneten Datei Angaben, die den Verdacht eines Tankbetruges begründeten.*

*Mehrere Kündigungen wurden schließlich durch das BAG im Jahr 2016 mangels Zustimmung des Integrationsamtes und wegen unzureichender Betriebsratsanhörung, mithin aus formalen Gründen, für unwirksam erklärt.*

*Daraufhin kündigte der Betrieb dem Mitarbeiter nach Zustimmung des Integrationsamtes und erneuter Anhörung des Betriebsrats ordentlich erneut am 15.12.2017 zum 30.06.2018.*

**Hat der Arbeitgeber eine wirksame Kündigung ausgesprochen?**

### Verdachtskündigung

Wenn ein Arbeitnehmer schwerwiegend gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstößt, kann der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde aussprechen. Häufig hat der Arbeitgeber jedoch **keine zwingenden Beweise** für den Pflicht-

verstoß des Arbeitnehmers, sondern kann sich nur auf **mehr oder weniger gravierende Verdachtsmomente** stützen.

Sollte der Mitarbeiter in einem derartigen Fall den **Vorwurf bestreiten**, hat der Arbeitgeber keinen zwingenden Beweis für eine etwaig mögliche Straftat, sondern nur einen **dringenden Tatverdacht**.

In dieser Situation hat der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Möglichkeit, eine Kündigung wegen des Verdachts auszusprechen; in diesem Fall spricht man von einer **Verdachtskündigung**.

### Verhaltens- oder personenbedingte Kündigung?

Da bei einer Verdachtskündigung das Risiko besteht, dass ein Unschuldiger seinen Arbeitsplatz verliert, muss der Arbeitgeber grundsätzlich vor Ausspruch der Kündigung den verdächtigten Mitarbeiter **anhören**. Auf diese Weise erhält der Arbeitnehmer die Möglichkeit, den gegen ihn erhobenen **Verdacht zu entkräften** und den Arbeitgeber von seiner **Unschuld zu überzeugen**.

Bislang war nicht eindeutig geklärt, ob eine Verdachtskündigung, wie sie vom Bundesarbeitsgericht in vielen Entscheidungen entwickelt worden ist, dogmatisch als **verhaltens- oder als personenbedingte Kündigung** zu qualifizieren ist.

Ist sie als verhaltensbedingte Kündigung anzusehen, wäre grundsätzlich der vorherige Ausspruch einer Abmahnung erforderlich, was hingegen bei einer Verdachtskündigung als personenbedingte Kündigung nicht erforderlich wäre.

### BAG vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18

In der Entscheidung aus Januar 2019 hat das Bundesarbeitsgericht erstmals klar zu verstehen gegeben, dass eine Verdachtskündigung **stets eine personenbedingte Kündigung** sei.

Die Richter vertraten die Auffassung, dass der Verdacht stets einen gegenüber dem Vorwurf,

der Arbeitnehmer habe eine Pflichtverletzung tatsächlich begangen, **eigenständigen personenbedingten Kündigungsgrund** darstelle. Dieser Verdacht könne das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart erschüttern, dass darin **Eignungsmangel** liege.

Dies gelte, so die Auffassung der Erfurter Richter, **unabhängig von Betriebsgröße und Vertrauensstellung** des Arbeitnehmers, die nur bei der Interessenabwägung eine Rolle spielen könnten.

Im vorliegenden Fall wurde die zweite Kündigung als **ordentliche Kündigung** ausgesprochen, da nach über drei Jahren die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine außerordentliche Kündigung bereits abgelaufen war. Dies stellte aus Sicht der Richter jedoch kein Problem dar; aus Artikel 12 GG folge vielmehr, dass eine **Verdachtskündigung auch als ordentliche Kündigung** sozialgerechtferigt sei, wenn das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, eine **außerordentliche Kündigung gerechtfertigt** hätte.

### **Ausgesprochene Verdachtskündigung wirksam**

Die Richter sahen die im Beispielsfall dargestellte Kündigung als **sozial gerechtfertigt** an. Der Mitarbeiter hätte die jeweils auf der Tankkarte des Arbeitgebers getankten Mengen nur tanken können, wenn er zuvor jeweils den Tank punktgenau leer gefahren hätte. Das und ggf. warum dies geschehen sei, wurde seitens des Mitarbeiters jedoch nicht vorgetragen bzw. entkräftet.

Die den Verdacht begründende Datei habe zudem **keinem Verwertungsverbot** unterlegen. Zwar dürften besonders eingriffsintensive Maßnahmen nur bei begründetem Verdacht einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung ergriffen werden.

Auch ohne einen begründeten Anfangsverdacht sei die Untersuchung jedoch bei **weniger intensiven Eingriffen** wie im vorliegenden Fall zulässig. Im zu beurteilenden Fall war die Untersuchung **offen** erfolgt, da der Mitarbeiter auf deren **Zielrichtung und Reichweite hingewiesen** worden sei und er trotz des Hinweises die Datei nicht als „privat“ gekennzeichnet hat.

---

 Tipps: Honorarärzte im Krankenhaus sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig
 

---

**Freie Mitarbeit** ist im Geschäftsleben sehr weit verbreitet. Insbesondere in **Dienstleistungsbranchen** kommen solche Vertragskonstellationen häufig zum Einsatz, da auf diese Weise eine losere Bindung zwischen den Parteien als in einem Arbeitsverhältnis entsteht, der freie Mitarbeiter unter Umständen **höhere Einkommenschancen** hat und der Auftraggeber sich zum einen leichter von diesem **Vertragsverhältnis lösen** kann und darüber hinaus **keine Sozialversicherungsbeiträge** tragen muss.

Selbst wenn beide Vertragsparteien jedoch einvernehmlich eine selbständige Tätigkeit auf Honorarbasis anstreben und durchführen, bedeutet dies nicht, dass die Arbeits-, Sozial- sowie Finanzgerichte diese Auffassung teilen.

In einer aktuellen Grundsatzentscheidung musste sich das Bundessozialgericht mit der Frage befassen, ob **Honorarärzte in Kliniken** als selbständige Mitarbeiter tätig werden können oder vielmehr als abhängig Beschäftigte zu werten sind, BSG vom 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R.



### Beispiel

Die Fachärztin für Anästhesie A ist seit 2013 regelmäßig in zwei Krankenhäusern für ein Pauschalhonorar von 80,00 € pro Stunden tätig.

In den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag wurde unter anderem vereinbart, dass A im Rahmen von Tagdiensten und im Rahmen des Bereitschaftsdienstes tätig werden solle, dass sie die Dienstzeit mit dem zuständigen Chefarzt abzustimmen und dass sie die organisatorischen Regelungen des Krankenhauses einzuhalten habe.

Des Weiteren sah der Vertrag vor, dass A ihre Leistungen selbständig und höchstpersönlich erbringe und zum Krankenhaus weder in einem Anstellungsverhältnis noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis stehe. Vielmehr sei A in ihrer Verantwortung in Diagnostik und Therapie unabhängig und nur dem Gesetz verpflichtet.

Im Rahmen eines sozialversicherungsrechtlichen Statusverfahrens stellte die zuständige Krankenkasse fest, dass A in beiden Krankenhäusern im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung tätig geworden sei. Der dagegen eingelegte Widerspruch wurde von der Krankenkasse zurückgewiesen.

### Wie werden die Sozialgerichte entscheiden?

### Abhängige Beschäftigung

Gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine **Tätigkeit nach Weisungen** und eine **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Weisungsgebers.

Der Gesetzestext gibt an dieser Stelle zwei wichtige Abgrenzungskriterien vor, die heranzuziehen sind, um den Status einer Tätigkeit bestimmen zu können. Darüber hinaus haben die Sozialgerichte im Laufe der letzten Jahre und Jahrzehnte jedoch zahlreiche **weitere Abgrenzungsmerkmale** entwickelt, so dass im Einzelfall mitunter ein sehr großer Ermessensspielraum bei der Beurteilung einer Tätigkeit entsteht.

Dies führt in der Praxis häufig dazu, dass **keine zuverlässige Aussage** mehr getroffen werden kann, ob ein freies Mitarbeiterverhältnis als echte selbständige oder bereits als eine abhängige Beschäftigung qualifiziert werden muss.

### BSG vom 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R

Das Bundessozialgericht musste sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob **Honorarärzte im Krankenhaus** als echte selbständige Mitarbeiter tätig werden können oder vielmehr als abhängig Beschäftigte zu qualifizieren sind.

In der Vergangenheit haben sich Krankenhäuser und Ärzteorganisationen häufig auf **§ 2 Abs. 1 Satz 1 Krankenhausentgeltgesetz** berufen, das bestimmt, dass zu den Krankenhausleistungen, die von Krankenkassen im allgemeinen zu vergüten sind, auch ärztliche Behandlungen gehören, die durch „**nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte**“ erbracht werden.

Das Bundessozialgericht ist dieser Auffassung allerdings aus folgenden Gründen **nicht gefolgt**:

Auch wenn die Tätigkeit als Arzt wegen der besonderen Qualität der ärztlichen Heilkunde als Dienst „höherer Art“ qualifiziert werden kann, ist dennoch das Vorliegen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nicht von vornherein ausgeschlossen. Entscheidend sei vielmehr, ob die Betroffenen **weisungsgebunden** bzw. in eine **Arbeitsorganisation eingegliedert** seien. Letzteres sei bei Ärzten in einem Krankenhaus regelmäßig gegeben, weil dort ein **hoher**

**Grad der Organisation** herrsche, auf die die Betroffenen **keinen eigenen, unternehmerischen Einfluss** haben.

### Eingliederung in Ablauforganisation

Wie in dem vorliegend zu beurteilenden Fall der Anästhesistin sind Krankenhausärzte bei einer Operation in der Regel **Teil eines Teams**, das arbeitsteilig unter der Leitung eines Verantwortlichen zusammenarbeiten muss. Auch die Tätigkeit als Stationsarzt setze regelmäßig voraus, dass sich die Betroffenen in die **vorgegebenen Strukturen und Abläufe** einfügen.

Im zu beurteilenden Fall war die Ärztin zudem wiederholt in **Tag- und Bereitschaftsdienst** und **überwiegend im OP** eingeteilt gewesen.

Darüber hinaus nutzten Honorarärzte ganz überwiegend **personelle und sachliche Ressourcen** des Krankenhauses bei deren Tätigkeit. Wie angestellte Ärzte auch sind Honorarärzte im Normalfall vollständig in den **Betriebsablauf eingegliedert**.

**Unternehmerische Entscheidungsspielräume** seien bei einer Tätigkeit als Honorararzt im Krankenhaus regelmäßig nicht gegeben; auch die **Honorarhöhe** sei nur eines von vielen in der Gesamtwürdigung zur berücksichtigenden Indizien und war im vorliegenden Fall nicht ausschlaggebend.

### Fachkräftemangel kein Argument

Ein **etwaiger Fachkräftemangel** im Gesundheits-

wesen kann zudem keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung des Vorliegens einer Versicherungspflicht haben, so die Kasseler Richter.

Sozialrechtliche Regelungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht können insoweit nicht außer Kraft gesetzt werden, um eine **Steigerung der Attraktivität** des Berufes durch eine von Sozialversicherungsbeiträgen „entlastete“ und deshalb höhere Entlohnung zu ermöglichen.



### Hinweis

Den Betreibern von Krankenhäusern sollte nach dieser Entscheidung dringend dazu geraten werden, auf den Einsatz von Honorarärzten ganz zu verzichten. Sollten sie dies nicht tun, drohen horrenden Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen und Umsatzsteuer.

### Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)